

于绍元 主编



律师学

Lu Shi Xue

群众出版社

律 师 学

主编 于绍元

群 众 出 版 社

2001 年 · 北京

图书在版编目(CIP)数据

律师学/于绍元主编. —北京:群众出版社,2001.7

ISBN 7-5014-2533-7

I. 律… II. 于… III. 律师业务-中国
IV. D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 052670 号

律 师 学

于绍元 主编

群众出版社出版、发行 新华书店经销

北京市白河印刷厂印刷

850×1168 毫米 32 开本 19.5 印张 480 千字

2001 年 8 月第 1 版 2001 年 8 月第 1 次印刷

ISBN 7-5014-2533-7/D · 1193 定价:35.00 元

律 师 学

主 编 于绍元

撰稿人(以撰写章节为序)

于绍元 马贵翔 叶智兴 吴高庆

于世忠 刘任武 王凤芝 冯金垠

罗文燕 王 惠 汪公文 王建东

毛亚敏 罗思荣 朱彩华 何力平

前 言

目前,各国专家学者研究律师制度及律师实务的著述比较多,涉及的内容也比较广,均提出不少的见解,这是非常可喜的,也是值得借鉴和参考的。我国对律师制度及实务方面的研究起步比较晚,但是,近几年来,关于这方面问题的研究和探讨,是比较热烈而且发表的论著越来越多,律师学和律师法学的书市面见的也不少,这是值得欣慰的。

我们组织编著的这本《律师学》,主要是结合中国的国情,借鉴外国的精华探索律师学有关方面的问题,尽量使本书能具有中国特色的比较系统、比较完整、比较科学,能够适应市场需要的一本《律师学》,这是编著这本书的本意。

我们希望这本《律师学》,能推动和加深对律师学有关方面问题的研究,深化对问题的探讨。同时,也能给广大律师在业务方面提供指导和帮助。

具体撰稿人分工如下:

第一章 于绍元(法学教授、硕士研究生导师)

第二章 马贵翔(法学教授、法学硕士)

第三章 叶智兴(法学讲师)

第四章 吴高庆(法学副教授)

第五章 于世忠(法学副教授、法学博士)

第六章 刘任武(法学教授)

第七章 王凤芝(法学教授)

冯金垠(法学讲师)

第八章 罗文燕(法学副教授、法学硕士)

第九章 王 惠(法学副教授)

第十章 汪公文(硕士研究生)

第十一章 汪公文(硕士研究生)

第十二章 王建东(法学副教授)

毛亚敏(副研究员)

第十三章 罗思荣(法学副教授、法学硕士)

第十四章 朱彩华(法学副教授)

第十五章 何力平(法学副教授)

全书由主编于绍元教授统稿修定。撰稿时吸收许多同仁发表的成果,在此,谨向有关的作者表示谢意。

由于时间紧迫,作者才疏学浅,水平有限,掌握资料不多,书中肯定错漏不少,欢迎广大读者,特别是律师界的朋友不吝赐教,批评指正,以臻完善。

编 著 者

2000年5月于西子湖畔

目 录

第一章 导 论	(1)
一、律师性质	(1)
二、律师诉讼地位	(9)
三、律师发展沿革.....	(15)
四、律师法与律师法学.....	(27)
第二章 律师体制	(32)
一、律师体制概述.....	(32)
二、外国律师体制.....	(34)
三、我国律师体制.....	(43)
第三章 律师执业条件	(71)
一、律师执业条件概述.....	(71)
二、外国律师资格和执业证书的取得.....	(77)
三、我国律师资格与律师执业证书的取得.....	(91)
第四章 律师收费	(117)
一、律师收费概述	(117)
二、外国律师收费	(120)
三、我国律师收费	(139)
第五章 律师法律援助	(153)
一、律师法律援助概述	(153)
二、外国律师法律援助	(163)
三、我国律师法律援助	(178)

第六章 律师道德	(186)
一、律师道德概述	(186)
二、外国律师道德	(188)
三、我国律师道德	(201)
第七章 律师惩戒	(219)
一、律师惩戒概述	(219)
二、外国律师惩戒	(224)
三、我国律师惩戒	(249)
第八章 律师责任赔偿	(265)
一、律师责任赔偿概述	(265)
二、外国律师责任赔偿	(269)
三、我国律师责任赔偿	(270)
第九章 律师业务概论	(285)
一、律师业务概述	(285)
二、外国律师业务	(286)
三、我国律师业务	(289)
第十章 律师执业国际化	(305)
一、律师执业国际化概述	(305)
二、律师执业国际化比较	(310)
三、国际律师组织	(318)
四、外国律师来华执业制度	(322)
第十一章 港台澳地区律师制度	(330)
一、香港特别行政区律师制度	(330)
二、台湾律师制度	(355)
三、澳门律师制度	(378)
第十二章 我国律师参与刑事诉讼	(390)
一、刑事辩护	(390)
二、刑事代理	(416)

第十三章 我国律师的民事诉讼与行政诉讼代理	(433)
一、民事诉讼代理概述	(433)
二、律师代理民事诉讼的步骤和方法	(440)
三、行政诉讼代理概述	(461)
四、律师代理行政诉讼的步骤和方法	(465)
第十四章 我国律师的非诉讼代理	(482)
一、非诉讼代理概述	(482)
二、非诉讼调解中的律师代理	(483)
三、仲裁代理	(487)
四、代理行政复议	(504)
五、代理非争议法律事务	(514)
第十五章 我国律师的其他业务	(534)
一、担任法律顾问	(534)
二、法律咨询与代书	(552)
三、涉外代理	(580)
附录：中华人民共和国律师法	(584)
律师事务所登记管理办法	(594)
国家出资设立的律师事务所管理办法	(599)
合作律师事务所管理办法	(603)
合伙律师事务所管理办法	(607)

第一章 导 论

一、律师性质

(一) 律师性质概述

律师的性质是指由律师法律服务的功能决定的律师的身份特质,包括律师的功能和律师的身份两个方面。正确把握律师性质是建立科学的律师制度的理论前提。在目前我国深化律师制度改革的新时期,正确认识律师的性质是十分必要的。

律师功能是指律师作为一种法律专业人员在社会中发挥的作用,其理论根据表现为以下两个方面:

第一,律师的产生源于解决社会冲突的需要。人们在社会活动中基于一方侵权或者由于当事者双方(或各方)对权利、义务的界定认识不明而形成的社会冲突,在任何一个社会中都带有普遍性。这种社会冲突主要表现为因犯罪而生之刑事冲突、因民事权利、义务认识不清而生之民事冲突以及因行政侵权而生之行政冲突。这种冲突一般以纠纷甚至诉讼的形式表现出来。一个国家司法制度的直接目标就是为了协调并解决社会冲突或纠纷。

解决社会冲突或纠纷,需要纠纷双方明确各自的权利、义务分担,而分担权利义务的标准是由法律来规定的,这就要求纠纷双方必须了解和理解法律规定,以便正确认定案件事实并对事实作出正确评价,只有这样才能谈得上对纠纷的合理解决。

然而,由于社会职业分工的差别,冲突或纠纷双方一般从事非

法律职业,不可能过多地了解和理解法律,于是产生了一种需要,那就是委托熟悉法律的人帮助自己“打官司”,由懂法律的人为自己提供法律咨询,并在解决纠纷的过程中就重要的法律问题甚至法学理论发表看法,以便正确及时地解决纠纷。

由于社会纠纷是多种多样、纷繁交杂的,需要众多的熟悉法律的人专门帮助别人“打官司”,于是,这些熟悉法律的人作为一个独立的阶层形成了,其职业分工也走向明确化,这些专门为别人提供法律帮助的熟悉法律的专业人员人们谓之律师。

法律本身是一门科学。在解决冲突或纠纷的过程中,不管是对事实的认定还是法律的运用,均涉及到对法律条文立法本意、法律规定之间的相互关系,甚至法学理论问题的理解;不仅如此,随着社会政治、经济的发展,法律作为社会关系的协调器已越来越庞杂,不仅包括门类众多的实体法,也包括相应的程序法,不仅包括普通法,也包括众多的特别法。这是一般人难以掌握的。这使得律师这一职业的存在更加必要,律师日益发挥着十分重要的作用。

第二,律师在诉讼结构中是法官的助手。在解决社会纠纷或冲突的诉讼过程中,法官的作用是首当其冲的,其功能表现为在听取纠纷双方意见的基础上,对事实和适用法律问题作出裁决,以最终解决纠纷,维护社会关系的稳定和协调。从理论上讲,为了维护法官的公正裁决,避免“先入为主”,法官不宜亲自侦查、调查案件事实,只能在法庭上听取原、被告双方的意见。这就使得法官的作用是有限的。由于法律本身的复杂性、专门性,使得纠纷双方大多不能从法律的角度提出认定事实和适用法律的充分而又精益求精的意见,直接影响了法官形成科学的判决,这就需要律师在法庭上代表各自的当事人发表意见。事实证明,纠纷双方有律师帮助可给法官提供更多的解决方案,使法官认定事实和适用法律更加准确。所以,律师不仅给当事人提供法律帮助,同时也为法官正确解决案件提供协助。

第三,刑事诉讼中辩护律师的特殊作用。刑事诉讼是揭露、证实和惩罚犯罪的活动。律师在刑事诉讼中担任被告人的辩护人,发挥着特殊作用。这是因为,刑事诉讼与民事诉讼和行政诉讼的主要区别在于它所解决的案件是严重危害社会的行为——犯罪,其最终适用的一般是对法律上推定的犯罪实施者给予一定期限或者终身剥夺自由的刑罚,甚至常常适用剥夺生命的刑罚,稍一不慎就会造成公民个人的重大甚至难以挽回的损失,因而,其诉讼结果往往与人的生命权利、自由权利和财产权利有着最重大的关系;不仅如此,刑事诉讼一般由国家提起公诉,庭审之前甚至庭审过程中,一般预先对被告人采取了强制措施,这使得被告人在诉讼中处于十分不利的境地。在这种情况下,律师担任被告人的辩护人,并且在庭审前就介入诉讼,与国家公诉机关形成技术性对抗,对于保护被告人权利、实现司法公正、正确解决案件、避免重大损失具有特殊的重要性。律师在刑事诉讼中担任被告人的辩护人最典型地体现了律师维护人权和实现社会正义的特有职能。

(二) 律师的法律服务特点、身份及分类

律师为社会提供法律服务具有如下特点:

第一,律师法律服务的劳务性。律师为公民、法人提供法律帮助是基于委托合同,律师提供法律服务只是一种劳务,并收取相应的劳务报酬。这种劳务关系实质上是一种平等自愿的契约关系,具有民事性质。

第二,律师法律服务的非强制性。律师的业务活动只是向公民、法人提供法律帮助,而不是行使某种管理社会的职能,律师不具有强制执行权力。

第三,律师法律服务的广泛性。律师业务活动范围超出各个职能部门,其服务包括工业、商业、农、林、牧、副、渔、交通业、航天业等,上至国家行政管理,下至婚姻家庭,既有国内问题,也有国际问题,几乎涉及社会生活的各个方面,服务对象指向所有人。

从广义上讲,律师是为全社会提供法律服务的专业人员。律师不仅为公民、法人提供法律帮助,也应为国家提供帮助。但是,也应当看到,律师被政府聘请后因转化为作为公务员的检察官已不具有律师身份,如英国的检察长或副检察长是英王的法律顾问、皇室的首席法务官;中央一级的检察机关为法律事务所。整个检察机关的职责是代表政府参与诉讼(公诉)或提供法律咨询。美国的检察制度也大体如此,联邦检察长就是司法部长,同时是政府的法律顾问。公诉人通常就是律师;而且在大多数州里是由选举产生的;检察官也称为辩护的公诉人,也称为州的律师或公众的律师。在香港地区,律师、大律师除私人执业外,许多也应聘到政府机关、公共机构担任公职,这些服务于政府部门的律师在身份上首先是公务员,依照有关公务员的延聘、选用、职级、薪酬、规定进行管理,只是在履行职务的过程中使用其专业资格从事特定政务。在行政机关中设立了较多必须由律师或大律师担任职位的律政署、注册总署及法律援助署。

正因为政府的律师已具有了公务员的身份,已经改变了律师的性质,所以,应该把他们划分出律师范畴。这样,律师就是为公民或法人提供法律服务的专业人员,律师工作具有维护个体权益的性质。事实上,一般人在理解律师这个概念时,往往不仅把他和检察官加以区别,而且把他们看作是相互对立的两种身份,其原因就在于前者代表个体利益,而后者则直接代表国家利益。

可见,至少从理论上讲,律师的身份应当是自由职业者。律师自由职业的性质表现为这样几个方面:其一,律师与当事人实行双向选择。律师的法律服务与被服务是双方自愿的。律师参与诉讼或非诉讼活动,向当事人提供法律服务,是以当事人委托为前提,以律师接受委托为条件的。当事人的委托具有很大选择性,可以选择甲律师,也可以选择乙律师,委托后还可以取消委托,重新委托;律师接受委托也具有选择性,根据自己的业务专长,可以专门接受

某类案件的委托,不接受其他案件的委托。其二,律师不领国家工资,不受行政机关的直接干涉,独立办案,更不受其他组织和个人的干涉,直接向当事人负责。其三,律师在市场经济条件下实行平等竞争、优胜劣汰。其四,律师的工作机构形式由律师自行决定,既可以私人挂牌营业,也可以合伙开办律师事务所,或者联合办公甚至成立大型律师公司。

概括不同标准可对律师进行不同种类的划分,但最具实践意义的是律师的专业划分,如公司律师、离婚律师、税法律师、专利律师、刑事辩护律师等。对律师种类的有些划分则从法律的形式加以确认。律师种类的合理划分有利于律师作用的充分发挥。

对律师分类进行严格的法律划分最典型的是英国。英国有小律师、大律师和皇家律师之分。小律师也称初级律师、诉讼律师或事务律师,一般要求具有广博的法律知识,主要负责诉讼准备阶段的各项事务,如接待当事人、进行法律咨询、起草法律文书、准备物证、采访人证、办理中间程序等,并处理大量非诉讼事务,如为当事人拟定遗嘱、设定财产、监督信托、管理财产等。他们只能在治安法院、郡法院等初级法院出庭为当事人辩护,如果案子上升到刑事法院时,才能出席刑事法院审判。大律师一般要求在第一方面具有精湛的法律知识和理论素养,主要任务是出庭辩护。大律师不得单独同当事人见面,必须先由小律师接待、准备后移交给大律师。皇家律师来源于大律师。执业 10 年以上、年龄在 40 岁以上的优秀大律师,本人提出申请后经大法官批准,由英国女皇授予“皇家律师”的称号。是律师的最高荣誉。皇家律师的收费标准可以高出普通律师,法庭辩护可以带助手出庭。

法国的律师在 1971 年以前有诉讼代理人和辩护人的区分,类似于英国的小律师和大律师,但法国考虑到一个案子聘请两种律师既增加了当事人的经济负担,又增加了诉讼手续,遂于 1971 年通过立法,将两种律师合二为一,只在上诉法院的诉讼活动中继续

保留原来的区别。

美国律师分类的显著特点是按照专业的不同对律师作较细的划分。此外,美国律师根据开业形式和服务对象的不同分为三种:一是自己开办律师事务所的叫“挂牌律师”;二是政府雇佣的律师叫公职律师;三是大企业公司雇佣的律师。

日本律师有“在野法曹”和“辩护士试补”(即候补律师)之分。“在野法曹”是与在曹为官的“在朝法曹”(即法官和检察官)相对而言的,也即律师。在日本,欲当律师,须经司法考试、司法研修所学习期满考试及格后取得“辩护士试补”的资格。“辩护士试补”也称准律师,可从事下列职务之一:

1. 处理司法或法律文书,谓之“司法书士”;
2. 办理专利、特许、商标等事务,谓之“辩理士”;
3. 就税务问题提供专门意见或制作书状,谓之“税理士”;
4. 大学法律和毕业生不当律师可在政府部门或私营企业中从事与本单位有关的法律事务。“辩护士试补”向日本律师联合会提出登记申请并在律师名册上登记后才可以以正式律师的身份进行活动。

(三) 我国律师的性质和分类

1. 我国律师的性质。1980年颁布的《中华人民共和国律师暂行条例》第一条规定:“律师是国家的法律工作者,其任务是对国家机关、企事业单位、社会团体、人民公社和公民提供法律帮助,以维护法律的正确实施,维护国家、集体的利益和公民的合法权益。”随着我国改革开放特别是社会主义市场经济的深入发展,各种经济交往日益频繁、复杂,不仅需要大量的法律、法规规范市场经济的运行,更越来越需要大量的律师参与市场经济,而且开拓律师新的业务领域,提高律师的素质,调动律师的积极性,尽量减轻国家的财政负担,精简国家行政人员,改善律师工作条件已势在必行。在这种情形下,我国关于律师性质的界定越来越不能适应市场经济

的要求,需要进行重新界定。

第一,把律师界定为“国家法律工作者”有悖于律师的本质。律师的本质作用在于为公民或个人提供法律帮助,其服务具有个体性,律师身份因此也具有自由职业者的特点。律师的维护国家利益和法律尊严的作用只有通过维护个体利益才能实现。而国家法律工作者的身份和功能是把维护国家利益放在首位,恰恰颠倒了这种关系。在市场经济条件下,随着政府职能的转变和国有企业经营机制的转换以及市场的发育,律师为个体服务的功能必将更加突出。

第二,我国对律师性质的界定始终未能摆脱“国家法律工作者”的认识。1988年我国合作制事务所试点时,关于律师作为“国家法律工作者”的称谓未作改变。1993年底出台的司法部《关于深化律师工作改革的方案》(简称《方案》)虽规定律师是为社会服务的专业法律工作者,但对其功能的表述仍然是把维护国家利益等政治维护功能放在首位,实质上仍然是“国家法律工作者”的界定。

第三,我国的律师组织形式源于把律师界定为“国家法律工作者”。在合作制事务所试点之前,我国律师事务所是“清一色”的“国办所”。这种组织形式把律师作为国家干部来对待,有悖于律师性质,因为律师拿国家工资为私人服务这本身就是矛盾的;而且由于“国办所”受国家编制和经费的限制,严重阻碍了律师队伍的发展壮大。合作制事务所试点以来,由于种种原因,虽有所发展,但仍然比不上“国办所”的发展速度。截至1993年底,全国律师事务所已发展到5100多个,而合作制事务所只有502个,只占到不足10%，“国办所”仍旧绝大多数。而且合作制事务所虽有律师自愿组合的法人实体,但本质上是集体所有制形式,集体财产不能分割,导致合作制事务所财产归属不明确,影响了律师为合作所积累资金、购置固定资产的积极性,故难以避免短期行为影响长远发展,使得合作制事务所面临困境。《方案》虽也认识到了上述困难,主张

“大力发展经过主管机关资格认定,不占国家编制和经费的自律性律师事务所”,并且鼓励占用国家编制和经费的律师事务所逐步向不占国家编制和经费的方向转变。但发展和转变绝非易事。面临的困难是,在我们仍不承认合伙制^①的情况下,“国办所”只能向合作制转变,而合作制本身又面临困境。

第四,律师作为“国家法律工作者”不利于对外交往。目前各国的律师都是以个体法律服务者的身份从事律师工作。不论是谁委托律师,律师都是以服务、代理的身份从事律师工作并依法维护其权益。如果我国把律师界定为“国家法律工作者”,容易引起国外客户的不信任,担心律师的公正性。

我国自1997年1月1日起施行的现行《律师法》规定,律师是指依法取得律师执业证书,为社会提供法律服务的执业人员。这标志着我国对律师性质认识的深化,因为它否定了原律师暂行条例把律师作为国家法律工作者的有悖于律师性质的规定而强调了律师活动的社会性和服务性。这一规定具有重大的现实意义,因为它在一定程度上强调了律师活动的劳务性、商品性和自主性,也同时决定了律师性质实现形态的相应改革,最突出的是一定程度上肯定了律师的自我组合,比如律师法明确肯定了律师可以组成私人性的合伙律师事务所,这一规定是前所未有的。然而,由于种种原因,我国关于律师性质的法律界定和其实现形态的改革仍存在一些不足之处,尚需在以后的律师制度改革中进一步完善。关键是关于律师功能和身份特质应明确肯定其服务对象的个体性和身份的自由职业性,以恢复律师的本来面目。

2. 我国律师的分类。我国律师的分类较复杂。这与我国律师

^① 1988年底我国在深圳开办了一个个体所,进行极小范围的个体所试点,但此后一直没能扩大,更没有推广,《方案》也未承认个体所的推广,私人工业性质的合伙也未予肯定。